

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA TEMPORAL ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 19 de abril del 2013, a las 12h00, **VISTOS (195-2009):** Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala Temporal Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en el Art. 184 de la Constitución de la República del Ecuador; los artículos 157, y 264, numeral 8 literal c) del Código Orgánico de la Función Judicial; el Art. 1 de la Ley de Casación; el Art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y, las Resoluciones N° 070-2012; y, N° 177-2012 del Pleno del Consejo de la Judicatura, tomadas el 19 de junio y 18 de diciembre del 2012, respectivamente. La Sala se ha conformado en la forma resuelta por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión ordinaria de 6 de marzo de 2013. En lo principal, el demandado Ab. Carlos Pólit Faggioni, Contralor General del Estado, en el juicio de plena jurisdicción propuesto por René Patricio Álvarez Carrión contra la Contraloría General del Estado, deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, el 14 de enero del 2009, las 11h20 (fojas 136 a 141 del cuaderno de instancia), que acepta la demanda, declara nulo el acto impugnado, dispone el reintegro del actor al cargo, dispone que el actor reintegre los valores pagados indebidamente, se dispone la liquidación de haberes, debiendo para el efecto determinarse pericialmente la diferencia entre lo dejado de percibir y lo percibido.- El recurso se encuentra en estado de resolución, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.** Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de las normas señaladas en la parte expositiva del presente fallo y el Art. 185 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.- El recurso de casación ha sido calificado y admitido a trámite por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 28 de octubre de 2009, las 15h40.- **SEGUNDO.** En virtud del principio dispositivo contemplado en el Art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, desarrollado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, son los recurrentes quienes fijan los límites del análisis y decisión del Tribunal de Casación, salvo los vicios que por disposición constitucional o legal puedan perseguirse de oficio.- **TERCERO.-** El peticionario considera infringidas las siguientes normas de derecho: Art. 6 de la Ley N° 2004-42 Orgánica reformatoria a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, R.O. 404 de 23 de agosto de 2004. Disposición General de la Ley N° 2006-44 Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la Ley de Hidrocarburos y la Ley de

la H. Junta de Defensa Nacional, R.O. 267, de 10 de mayo de 2006. Art. 38 del Código Civil. Artículos 211 y 272 de la Constitución de 1998. Artículos 136 y 142-B de la Ley de Régimen Administrativo. La causal en la que funda el recurso es la primera del Art. 3 de la Ley de Casación.- **CUARTO.-** Por principio de supremacía establecido en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador, corresponde analizar en primer lugar las impugnaciones por inconstitucionalidad que se las estudiará en el contexto de la causal primera, como han sido presentadas. **Causal primera.** Esta causal se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. En el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación se llama en la doctrina subsunción del hecho en la norma. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: la primera un supuesto, y la segunda una consecuencia. Muchas veces una norma no contiene esas dos partes sino que se complementa con una o más normas, con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotética contenida en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en la causal primera, se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la escogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurrir de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un error de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.- **4.1.-** El recurrente acusa la falta de aplicación del Art. 6 de la Ley N° 2004-42 y de la Disposición General de la Ley N° 2006-44. Explica que según el criterio de la Sala ad quem, la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de

Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público –LOSCCA- prevalece sobre la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, por cuanto la primera fue dictada con posterioridad a esta; que la Sala no consideró que con la reforma realizada a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, entre ellas al número 23 del artículo 31, mediante el artículo 6 de la Ley 2004-42, dictada con posterioridad a la LOSCCA, el legislador ratificó y reconoció la autonomía administrativa, presupuestaria y financiera de la entidad de control, especialmente la atribución de emitir y actualizar, para su funcionamiento interno, el reglamento de administración de personal, de su competencia, que incluirá la escala de remuneraciones mensuales unificadas y el régimen propio de remuneraciones. Que si el legislador hubiese querido restar esa atribución y someter a la Contraloría General del Estado a la LOSCCA, o habría derogado las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y expresamente habría dispuesto lo contrario, más aún si se considera que, a la fecha de expedición de la Ley 2004-42, en que se reforman varios artículos de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, ya se encontraba vigente la LOSCCA; o, en todo caso no la habría reformado, situación en la que, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado prevalecería por el principio de especialidad. Que tampoco la Sala ad quem aplicó la Disposición General de la Ley N° 2006-44, ley orgánica que también entró en vigencia con posterioridad a la LOSCCA y que garantiza la independencia de la Contraloría en el aspecto administrativo, conforme lo previsto en el Art. 211 de la Constitución de 1998. Que por tanto, mal pudo la Sala ad quem determinar que el cuerpo legal aplicable en el caso sometido a juicio por parte del actor, debió ser la LOSCCA, quedando sin sustento lo analizado en los considerandos cuarto y quinto de la sentencia recurrida.- **4.2.-** El peticionario acusa también la falta de aplicación del Art. 38 del Código Civil, señalando que la Sala ad quem, por falta de aplicación del Art. 6 de la Ley N° 2004-42 y de la Disposición General de la Ley N° 2006-44, ha dejado de aplicar el Art. 38 del Código Civil, porque la LOSCCA no ha derogado tácitamente las disposiciones y atribuciones de la Contraloría General del Estado, por el contrario, las reformas a su Ley Orgánica son posteriores a la LOSCCA.- **4.3.-** El casacionista también acusa la falta de aplicación del Art. 211 de la Constitución de 1998, que declara la autonomía de la Contraloría y sobre la cual se sustentaron las normas administrativas emitidas por la Contraloría para la supresión del puesto del actor; que se debió dar preferencia a la autonomía declarada por esta norma constitucional, antes que discurrir sobre la prevalencia de dos normas de igual jerarquía,

LOSSCA y Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, inferiores a la Carta Magna. Que la fundamentación de la supresión de partida del Ing. René Álvarez, resuelta mediante el Acuerdo 034 RH y ejecutada mediante Acción de Personal N° 611, se encuentra en la citada disposición constitucional, en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y en el Reglamento Orgánico Funcional Sustitutivo de la Contraloría General del Estado, expedido mediante Acuerdo N° 021 CG y su reforma según Acuerdo N° 030 CG, teniendo en cuenta además que dichas normas se hallan vigentes y cuya supuesta ilegalidad no ha sido cuestionada ni declarada.- **4.4.-** El recurrente dice que el fallo impugnado adolece de errónea interpretación del Art. 272 de la Constitución Política de 1998. Explica que la Segunda Sala de la Corte Constitucional para el período de transición, mediante resolución N° 44-2008.RA de 8 de enero de 2009, sostuvo que de acuerdo con la definición de “autonomía” de la Real Academia de la Lengua Española, ésta consiste en la “Potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones y otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios”; y, que el Art. 211 de la Constitución de 1998 declara la autonomía de la Contraloría General del Estado, por lo que “... siendo norma superior, debe aplicarse por encima de cualquier norma supletoria”, refiriéndose a la LOSSCA. Que en contraposición a este criterio, la Sala de instancia afirma en el considerando sexto, que de acuerdo con el inciso segundo del Art. 272 de la Constitución, la LOSSCA prevalece sobre la Ley Orgánica de la entidad de control, así mismo sostiene que el Reglamento Orgánico Funcional Sustitutivo de la Contraloría General del Estado contraviene la LOSSCA. Que el análisis de la Sala debió partir de lo dispuesto por el inciso primero del Art. 272 de la Constitución de 1998, la cual dispone que ella prevalece sobre cualquier otra norma, y que el resto del ordenamiento jurídico debe mantener conformidad con sus disposiciones, restando valor jurídico a aquellas normas que estuvieren en contradicción o alteren sus prescripciones.- **4.5.-** También se acusa la falta de aplicación de los artículos 136 y 142-B de la Ley de Régimen Administrativo. Explica que en el considerando séptimo de la sentencia se señala que no existe motivación en el acto de supresión de partida del actor, por cuanto el Acuerdo N° 030-CG, con el cual se reformó el Reglamento Orgánico Funcional de la Contraloría y que sirvió de sustento para la supresión de partida del actor, se publicó en R.O. de 22 de enero de 2008, con fecha posterior a la acción de personal de 19 de diciembre de 2007; que la Sala ad quem debió considerar que el Art. 7 del acto administrativo fijó la fecha de vigencia a partir de su emisión, esto es el 19 de diciembre de 2007, sin perjuicio de


su publicación en el Registro Oficial. Que el Art. 136 de la Ley de Régimen Administrativo publicada en el suplemento de R.O. 1202 de 20 de agosto de 1960, norma no aplicada por el tribunal, no exige que el Acuerdo 030-CG, para su promulgación y vigencia, sea publicado en el Registro Oficial, hecho que además ya fue declarado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en sentencia publicada en la Gaceta Judicial Año XCVII, Serie XVI, Nº 10, pág. 2725, haciendo referencia a la no exigibilidad de publicación del Reglamento de Personal de la Contraloría General del Estado. Que tampoco se aplica el Art. 142-B idídem, que establece que la fecha de vigencia de las normas publicadas en el Registro Oficial será la de su publicación en éste, "... sin perjuicio de los casos en que se disponga la vigencia de las normas jurídicas dictadas desde la fecha de su expedición...", como acontece con el Acuerdo 021 CG. **4.6.-** Dice el casacionista que el fallo impugnado adolece de errónea interpretación del número 13 del Art. 24 de la Constitución de 1998. Explica que la debida motivación que exige esta norma no solo se encuentra en la Acción de Personal, sino sobre todo en el Reglamento Orgánico Funcional Sustitutivo de la Contraloría, expedido con el Acuerdo 021-CG, su reforma mediante Acuerdo 030-CG y el Acuerdo 034 RH, normas que además se hallaban y se hallan vigentes. Luego transcribe el sustento de los acuerdos y la Resolución Nº 044-2008-RA de 8 de enero de 2009, de la Segunda Sala de la Corte Constitucional, que declara la legitimidad del proceso de supresión de partida, resuelto mediante Acuerdo 034 RN.- **QUINTO.-** Esta Sala de Casación considera que la finalidad de la invocación de las normas tiende a objetar que en la sentencia impugnada se haya "declarado nulo el acto impugnado, contenido en la Acción de Personal"; y, que se haya dispuesto "el reintegro del actor al cargo de Jefe Regional de la Unidad de Control de Obras"; según considerandos que se sostiene que el Contralor expidió el Acuerdo Nº 021-CG, con el Reglamento Orgánico Funcional Sustitutivo "en uso de atribuciones no discutibles"; pero que este instrumento "de forma alguna puede encontrarse en contradicción con un cuerpo normativo de carácter legal y menos de jerarquía orgánica como es la LOSCCA"; lo cual ha llevado al organismo demandado a no presentar el informe de la Unidad de Recursos Humanos, previsto en el Art. 65 de la LOSCCA. **5.1.-** La Sala de instancia está en lo correcto cuando afirma que "no está en duda las atribuciones del señor Contralor (...) pero éstas no son absolutas en razón de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Servicio Civil (...) que contiene preceptos obligatorios, pero se contradice cuando dice: "La Ley Orgánica de la Contraloría (...) es parte de la legislación ecuatoriana desde su publicación en el

Registro Oficial (...) 2002, en tanto que la LOSCCA lo es desde (...) 2003, por tanto el carácter prevalente sobre la primera de las citadas, no deja duda de ninguna naturaleza”, porque se trata de solucionar la contradicción que encuentra entre las dos leyes orgánicas, únicamente a base de dar prevalencia a la ley orgánica posterior sobre la orgánica anterior, ignorando aplicar el criterio de la especialidad, según el cual las normas especiales tienen prioridad sobre las normas generales que se refieren a la administración de todo el elemento humano que trabaja en el sector público, lo que se deduce de la regla universal de interpretación contenida en el Art. 12, en relación con el 7, del Código Civil.- **5.2.-** La Sala considera que no existe el problema de la derogatoria expresa o tácita de una norma posterior a la regla anterior; pero el problema jurídico no se soluciona aplicando, como pretende el Contralor, el Art. 38 del Código Civil, que se refiere a la derogación tácita mencionada, porque hay que aceptar que las dos leyes estaban vigentes pero que una de ellas debía ser aplicada por su especialidad.- **5.3.-** El Contralor tiene atribuciones para dictar y reformar el Reglamento Orgánico Funcional de la Institución a su cargo, y con plena autonomía puede establecer las funciones que le permitan cumplir sus atribuciones constitucionales y legales, así como establecer en ellos, o en otros actos normativos, todos los cargos o empleos que sean necesarios que estime del caso.- **5.4.-** En cuanto a la designación, administración, manejo y remoción del personal que deba ocupar esos cargos o desempeñar esas funciones, la misma Ley Orgánica de la Contraloría le confiere amplias atribuciones, que derivan de que la propia Constitución le ha dado plena “autonomía administrativa, presupuestaria y financiera”, pero que no son ilimitadas, ni totalmente discrecionales, pues deben aplicarse las leyes especiales, vigentes en la República, que regulan diversos aspectos del citado manejo autónomo, sin que se considere que se está afectando su independencia administrativa ni que se la coloca bajo dependencia de ninguna de las entidades que controla y fiscaliza. **5.5.-** La Ley Orgánica de la Contraloría prevalece sobre todas las demás leyes orgánicas o no, cuando se trate de la aplicación de las normas que se han emitido para que cumpla sus funciones y atribuciones, e incluso se considerará que prevalecen sobre las de aquella, cuando se trate de aspectos específicos regulados por ellas, como la administración o enajenación de bienes públicos, la contratación y ejecución de obras, etc.- **5.6.-** La Sala no encuentra que en el fallo objetado se desconozcan, ignoren, malinterpreten o que se haya dejado de aplicar alguno de las normas invocadas. Lo que ocurre es que la sentencia incurre en la contradicción que la vuelve inejecutable, así: a) El actor, en su demanda, impugna y

pide se declare “la nulidad de la Acción de Personal 611”; b) El Tribunal de instancia “acepta la demanda y declara nulo el acto impugnado contenido en la Acción de Personal”, pero no lo hace porque se haya incumplido alguna norma que determine los requisitos para la existencia y validez de ese acto administrativo, que lo vicie de nulidad absoluta e insanable, sino porque estima que para reformar el Reglamento Orgánico Funcional, por mandato prevaleciente de la LOSCCA, el Contralor debió requerir un informe de un ente o unidad subordinado a él. En todo caso, la falta del informe es una ilegalidad cometida, pero de ninguna manera cumple los requisitos de especificidad y trascendencia para que se declare la nulidad de la Acción de Personal. Como consecuencia de la declaración de nulidad no se ordena que el actor regrese a trabajar en la Contraloría, en un cargo de igual jerarquía y remuneración que él tenía, sino que se dispone que retorne a cargo inexistente porque se extinguió con la expedición y vigencia del Reglamento Sustitutivo. Ahora bien, el Reglamento mencionado está vigente y esa calidad no puede alterarse en el presente juicio de plena jurisdicción o subjetivo.- 5.7.- El Art. 140 del vigente Código Orgánico de la Función Judicial dispone que “la jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”, en base a esta norma esta Sala de Casación aplica el derecho que tiene el actor para reclamar la ilegalidad de la Acción de Personal, aunque ha alegado erróneamente la nulidad de la misma, dejando en claro que no se ha ido más allá del petitorio ni se está fundando la decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes porque el hecho cierto que consta de autos es la supresión de su puesto y cesación de funciones del actor. Razones suficientes para aceptar los cargos.- Con la motivación que antecede, la Sala Temporal Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, casa la sentencia dictada por el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, el 14 de enero del 2009, las 11h20; y, declara la ilegalidad de la Acción de Personal impugnada, ordenando que el actor regrese a trabajar en la Contraloría, en un cargo de igual jerarquía, remuneración y lugar de desempeño, que el que tenía; no ha lugar al pago de remuneraciones dejadas de percibir durante la cesantía, a no ser que transcurran más de treinta días desde la ejecutoria del fallo, sin su debida ejecución.- Debido a que

no se ha rendido caución, no hay nada que resolver al respecto.- Sin costas ni multas .-
Léase y notifíquese.- Dr. Galo Martínez Pinto.-**Juez Nacional**.-Dr. Manuel Sánchez Zuraty.- **Juez Nacional**.- Dr. Fernando Ortega Cárdenas.- **Juez Nacional Presidente de Sala**.- Certifico.- Abg. Francisco Fonseca Bustamante.- **Secretario Relator**.-

Lo que comunico a Usted para los fines de Ley.-


Abg. Francisco Fonseca Bustamante
SECRETARIO RELATOR

